

VEDTAK NR 08/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 21. januar 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Ingrid Tordis Enoksen, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som sykepleier i stilling på 50 prosent ved korttidsavdelingen X, avdeling Omsorg og Rehabilitering, B. Stillingen innebærer en tredelt turnus med arbeid på dag, kveld og natt.

Hun har i tillegg en fast stilling på 20 prosent som sekretær for kommuneoverlegen i B.

A er plaget med migrene, og ble som følge av dette sykemeldt fra sin stilling ved korttidsavdelingen fra 17. april 2015 frem til 9. september 2015. Etter dette har hun etter anbefaling fra lege arbeidet i tilrettelagt todelt turnus uten nattarbeid.

Høsten 2015 utlyste kommunen ledige sykepleierstillinger tilsvarende 7 årsverk i avdeling Omsorg og Rehabilitering. Det ble presisert at stillingene er organisert i tredelt turnus. I brev av 24. august 2015 søkte A om utvidelse til 70 prosent stilling ved korttidsavdelingen.

Søknaden ble avslått av B i brev av 25. september 2015. Arbeidsgiver har opplyst at ingen av søkerne som ble ansatt i de omstridte stillingsprosentene hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. oktober 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 8. oktober 2015
- brev av 10. november 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 10. november 2015
- e-post av 6. januar 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Ansettelsen av eksterne søkere og vikarer var i stridt med hennes fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Innvilgelse av kravet om fortrinnsrett vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidstaker og hennes lege har tydelig uttrykt at hun ikke kan arbeide i den tredelt turnus med hennes helsetilstand.

Korttidsavdelingen har for tiden mer enn 10 prosent sykefravær. Dersom A får utvidet sin stillingsprosent uten å kunne inngå i den ordinære tredelte turnusen, vil dette medføre økt

arbeidsbelastning på de andre arbeidstakerne ved avdelingen. Dette vil igjen kunne resultere i økt sykefravær ved avdelingen.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Det er i denne saken ingen uenighet om at arbeidstaker er faglig kvalifisert til den omstridte stillingen, og nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Solberg og Sæther, legger også dette til grunn.

Det klare utgangspunktet må imidlertid være at arbeidstaker må akseptere innholdet og arbeidstidsordningen i stillingen som det kreves fortrinnsrett til. Slik saken er opplyst, er A pga kroniske helseplager forhindret fra å arbeide i den tredelte turnusen ved korttidsavdelingen. Nemndas flertall har derfor kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav på fortrinnsrett.

Nemndas mindretall, medlemmet Enoksen har kommet til et annet resultat enn flertallet. Mindretallet viser til at vilkårene for å utøve at fortrinnsretten er at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Det er ingen uenighet om at arbeidstaker er faglig kvalifisert til å få utvidet sin stilling. Mindretallet finner heller ikke at As personlige forutsetninger i form av helseplager kan diskvalifisere henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende. En slik betraktning vil etter mindretallets syn lett komme i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd.

Arbeidsgiver har gjort gjeldende at innvilgelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, fremgår det at hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten. Mindretallet vil bemerke at det i dette tilfellet er snakk om ulemper knyttet til tilrettelegging av arbeidstid, noe arbeidsgiver etter loven langt på vei er forpliktet til å gjøre, jf. arbeidsmiljøloven § 4-6. Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er imidlertid ikke absolutt, men det ligger utenfor nemndas kompetanse å ta stilling til denne.

Selv om mindretallet har forståelse for at det kan være visse utfordringer knyttet til tilpasning av turnusen til A, slik at denne ikke innebærer nattevakter, kan ikke mindretallet se at det i dette tilfellet utgjør en vesentlig ulempe. Det er snakk om relativt beskjeden stillingsutvidelse fra 50 til 70 prosent. Antall nattevakter i den økte stillingsstørrelsen vil derfor være svært få, og behovet for tilpasninger tilsvarende lite. Mindretallet vektlegger også at arbeidsgiver i dette tilfellet hadde ledige sykepleierstillinger tilsvarende 7 årsverk, noe som etter mindretallets oppfatning skulle tilsi et relativt stort handlingsrom for å kunne innrømme arbeidstaker den ønskede stillingsutvidelsen.

Mindretallet viser også til at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger med arbeidstaker før beslutning om ansettelse ble fattet, slik arbeidsmiljøloven § 14-3(3) fastsetter. Drøftingsplikten er ment som et verktøy for at partene skal kunne avklare spørsmål knyttet til fortrinnsretten, og i henhold til lovens forarbeider (Prop. 83 L (2012-2013)), er spørsmålet om eventuell vesentlig ulempe blant det som skal drøftes. Mindretallet bemerker at brudd på drøftingsplikten er uheldig, da partene gjennom drøftinger blant annet kunne ha avklart mulige løsninger på tilretteleggingen, herunder mulighet for en annen fordeling av andre ubekvemme vakter, eksempelvis kveldsvakter.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Twisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 27.01.2016

Til orientering:

Twister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).